

关于《律师法》第45条的法律思考（征文）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_85_B3_E4_BA_8E_E3_80_8A_E5_c122_484157.htm “ ‘ 天伦律师杯 ’ 我来修改《律师法》征文大赛 ” 关于《律师法》第45条的法律思考 对律师泄露国家机密、行贿或者提供虚假证据的行为实施行政处罚，主要依据是《中华人民共和国律师法》(以下简称《律师法》)第45条、司法部1997年1月颁布的《律师违法行为处罚办法》(以下简称《处罚办法》)。但无论是《律师法》还是《处罚办法》，有关规定都过于原则，实践中较难操作，语义前后矛盾，另外在处罚尺度的设定上也存在一定问题。本文拟从立法原则、立法技巧和平衡处罚等视角，对《律师法》第45条作几点思考。 一、《律师法》第45条在逻辑关系上不严密，给实际操作带来一定的难度 《律师法》第45条规定，律师有下列行为之一的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销律师执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任：(一)泄露国家秘密的；(二)向法官、检察官、仲裁员以及其他有关人员行贿的；(三)提供虚假证据，隐瞒重要事实或者威胁、利诱他人提供虚假证据，隐瞒重要事实的。 律师因故意犯罪受刑事处罚的，应当吊销律师执业证书。从条文的内在逻辑关系和一般的立法技术要求看，《律师法》第45条第2款既然规定了应当吊销律师执业证书的情形(下简称：吊销执照)，那么第1款规定的就应当是可以吊销执照的情形。也就是说，律师只要有45条所列的三种情形之一的，司法行政机关可以根据其情节轻重、影响大小决定是否吊销其执照。但现在45条第1款没有明确这一点，从语义上

看，意思似乎是律师只要实施了上述三种行为中的一种，就应当吊销执照。如果律师法的立法本意是这样的，那么第45条第2款规定在逻辑上讲有同语反复之嫌，应当列为第1款的第4项，而不是单独作为一款存在。如果律师法的立法本意并非如此，那么应当在文字上对第45条第1款予以明确是“可以”而不是“应当”的本意。规定上的不明确，给司法机关行政执法带来了一定的难度，同时，被处罚者也容易提出异议。《律师法》第45条第1款对所列的三种行为，事实上应区分两种情况，即构成犯罪和不构成犯罪。但单纯从条文理解，不论是否构成犯罪，均要被吊销执照。按照这一理解，在实践中可能会出现相互矛盾的情形。如律师向检察官、法官行贿，按照《律师法》第45条第1款的规定，只要有“行贿”情节，律师就要被吊销其执照。但如果构成了行贿罪，依法被免于刑事处罚，按照《律师法》第45条第2款规定，则可以不吊销执照。这样就出现了两种相互矛盾的情形，一种是行贿数额较少，明显不具有刑事处罚性质的律师被吊销了执照，而构成犯罪但被免于刑事处罚的律师却可以保留执照。而这两种相互矛盾的处罚竟然都是依法作出的。这显然违背立法本意，应当予以修订。按照《律师法》第45条第1款规定实施行政处罚，在实践中还会引起另外一种相互矛盾的情形。如，律师泄露国家秘密，一方面存在着构成犯罪的情节要求，另一方面也存在着故意和过失犯罪的区别。对第一种情况上文已有论述，但从故意和过失的区别看，如果按照第45条第1款规定，则无论是故意还是过失犯罪，行为人均要被吊销执照。这样的处罚结果与《律师法》第9条规定相矛盾。《律师法》第9条规定，有下列情形之一的，不予颁发律师执业

证书：(一).....(二)受过刑事处罚的，但过失犯罪的除外；(三)被开除公职或者被吊销律师执业证书的。按照这一规定可以假设，甲乙二人同样因过失泄露国家秘密被处以刑罚，甲是律师，按照《律师法》第45条第1款被吊销执照，而且按照《律师法》第9条规定，其将终身不能从事律师职业；乙是一般公民，在符合律师资格条件和实习条件后向司法行政机关提出执业申请，按照《律师法》第9条第2项却可以获准颁发律师执业证书。两种情形之间明显矛盾。

二、《律师法》第45条第1款规定的处罚程度与其他法律规定对类似问题的处理不平衡 对泄露国家秘密的，对法官和检察官的处理均为“给予警告、记过或记大过处分；造成严重后果的，给予降级、撤职或开除处分”；党内处分为“情节较轻的，给予警告或严重警告处分；情节较重的，给予撤销党内职务或留党察看处分；情节严重的，给予开除党籍处分”；而《律师法》第45条第1款则不设定任何情节要求，一概吊销执照。对行贿、指使或介绍贿赂的国家行政机关工作人员的处分为：“为谋取不正当利益，行贿或介绍贿赂的，应当根据其数额及其他情节，给予警告直至撤职处分；致使国家利益遭受较大损失的，给予撤职直至开除处分”；党内处分为“为谋取不正当利益，给予.....以财物，情节较轻的，给予警告或严重警告处分；情节较重的，给予撤销党内职务或留党查看处分；情节严重的，给予开除党籍处分”。对法官、检察官，“两高”仅作出受贿而未作出关于行贿的处理规定。《律师法》第45条并未作出根据律师行贿数额、情节、后果，区别不同情况进行处罚的规定，而是直接吊销执照，这就可能造成因同一事件，受贿的法官只受到警告记过处分但仍在执法，而

行贿的律师却被吊销执照的情况。对提供或威胁、利诱他人提供虚假证据，隐瞒重要事实的处理，法官为“涂改、隐匿、伪造、偷换或者故意损毁证据材料的，给予记大过至开除处分”；“指使、支持、授意他人作伪证的，给予降级至开除处分”；“以威胁、利诱方式收集证据的”，给予警告至记大过处分。情节严重的，给予降级至开除处分”。检察官为“为犯罪分子减轻或开脱罪责，隐瞒、伪造证据……等徇私舞弊，给予开除处分；情节较轻、后果不严重的，给予撤职以下处分”。而按《律师法》第45条规定，律师发生上列行为则吊销执照。《律师法》第45条第2款规定：“律师因故意犯罪受刑事处罚的，应当吊销其律师执业证书”。按此规定，应当吊销律师执业证书有两个前提：一是“故意犯罪”、二是“受刑事处罚”，两者须同时具备、缺一不可。透过这款规定我们发现：1有违法行为未构成犯罪的，2构成犯罪但未受刑事处罚的，3过失犯罪即使受到刑事处罚的，都不属应当吊销执照范畴。这在法官、检察官、国家行政机关工作人员违纪处分等规定中均有相应体现。这些规定尽管不完全相同，但都和《律师法》第45条第2款一样，体现了对故意犯罪受刑事处罚者的惩处，并给予构成犯罪(即使属职务犯罪)未受刑事处罚者改过的机会，体现了根据不同主观状况、社会危害程度，区别对待行为人的法制意图。但在其他有关规定中，《律师法》对律师违法、违纪行为处理畸重。三、按照《律师法》第45条第1款实施行政处罚有悖于过罚相当原则和惩罚与教育相结合的原则 由比较分析可见，《律师法》第45条第1款所设定的处罚尺度相对过严。笔者认为，这在以下两个方面违背行政处罚的原则。(一)有悖行政处罚过罚相

当原则 杨小君在《行政处罚研究》中认为，过罚相当原则的基本涵义与刑法中的罚刑相适应原则相同，是指设定与适用行政处罚，必须使处罚后果与违法行为相适应，不能重过轻罚或轻过重罚。就立法来讲，在设定行政处罚时，应当根据所要处罚的违法行为的危害程度与违法行为人的过错程度，设定与之相适应的处罚种类、幅度。就执法来讲，在适用行政处罚于特定违法行为人时，也应根据违法行为人的违法行为的危害程度与违法行为人的过错程度，决定适用相应的行政处罚。我国《行政处罚法》第4条第2款规定：“设定和实施行政处罚必须以事实为根据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。”但《律师法》第45条第1款却未提及性质、情节、社会危害程度，规定只要具备三类违法行为之一，则由省级司法行政机关吊销执照。众所周知，泄露国家秘密有故意泄露和过失泄露两种；行贿一百、二百和行贿八千、一万应有质的区别；提供虚假证据也存在着律师过失提供别人伪造的证据，还是提供自己刻意伪造的对案件有重大影响的证据。这些主观状态、性质、情节、社会危害程度均存在较大差别，《律师法》第45条第1款设定处罚时均无任何区别，笔者认为这有悖行政处罚之过罚相当原则。（二）有悖惩罚与教育相结合的原则 我国《行政处罚法》第5条明确规定：“实施行政处罚，纠正违法行为，应当坚持处罚与教育相结合，教育公民、法人或其他组织自觉守法”。在法官、检察官等纪律处分办法中均有“处罚与教育相结合的原则”方面的规定，并对受开除以外处分、确已改正的法官、检察官，作出了根据原受处分种类分别在半至两年时间解除处分的规定，这充分体现了惩罚与教育相结合原则。与此

相比，《律师法》第45条的规定，既不够严谨，相互矛盾，又处罚过于严格。因为按照《律师法》的有关规定，律师一旦被吊销执照，将终生不能再从事这一职业，这样的处罚有悖行政处罚惩罚与教育相结合原则。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com